حكم الأجر على الضمانات المصرفية

إعداد:

طلال بن سليمان الدوسري

أستاذ الفقه المقارن المساعد في كلية الشريعة- جامعة القصيم

(١٤٣٨)



المقـــــــــدمـــة

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فمن المسائل المهمة التي تحتاج إلى تحرير ودراسة؛ لما ينبني عليها من القول في كثير من المنتجات المصرفية: حكم الأجر على الضمان؛ ومع كثرة طَرقِ المسألة من قبل المعاصرين بالدراسة والبحث إلا أنها لا تزال حية يتجدد النقاش فيها بين وقت وآخر، ولما تقدم من أهمية هذه المسألة جاء هذا البحث[1] لعرضه في حلقة نقاش تنظمها مشكورة الجمعية العلمية للمصرفية الإسلامية في جامعة القصيم.

وقد قدمت بين يدي الحديث في هذه المسألة بمدخل يتضمن أموراً لا بد منها قبل الكلام في المسألة، سائلاً الله سبحانه التوفيق والهداية لصواب الرأي والقول والعمل، فالخير بيده، والشر ليس إليه، ولا حول ولا قوة إلا به، والحمد في الأول والآخر له.

(١) مادة البحث مستفادة من رسالة الدكتوراه للباحث مع تعديلات وإضافات واستغناء عما هو زائد على قدر المسألة محل البحث، عقد الوكالة بالاستثمار، ص٥٠٠-٥٦٤.

مدخل:

١- يراد بالضمان (الكفالة): ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، وقد أجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة كما يقول ابن قدامة (ت٦٢٠)[١].

٢- وإذا تبينت حقيقة الضمان وحكمه: فإن الضمان هاهنا يخالف ضمان الأيدي (يد الأمانة ويد الضمان) حقيقة وحكماً، فالضامن في الكفالة إذا أدى عن المضمون عنه ما وجب عليه فإنه يكون مقرضاً له يعود عليه بما أدى[٢]، كما أن مآخذ أحكامهما حيث جازا أو منعا مختلفة عند الفقهاء، وليس المراد هاهنا بيان ذلك، وإنما القصد الإشارة إلى حقيقة الضمان محل البحث؛ لحصول الالتباس بينهما وتنزيل أحكام بعضها على بعض من قبل بعض الباحثين.

٣- والضمانات المصرفية لا تقتضي حكماً يخصها عن سائر الضمانات؛ فكون الضامن مصرفاً أو غيره لا أثر له في الحكم، ووجه الكلام فيها وتخصيصها بالذكر: أن أكثر صور الضمان التي تُطرق بالبحث والنقاش يكون الضامن فيها مصرفاً.

٤- والناظر في الضمان المصرفي يرى أنه قد يكون مستقلاً في بعض المنتجات، كخطاب الضمان، وقد يكون مشترطاً في بعض العقود منضماً إلى غيره؛ ومن أمثلة ذلك اشتراطه في بعض العقود البديلة للتحوط، وبعض عقود الوكالة

---

(١) المغني، لابن قدامة، ٧١/٧. وينظر: مراتب الإجماع لابن حزم، ص ٦٢.

(٢) يخالف ابن حزم الجمهور في حقيقة الضمان وموجبه، فهو يرى أن الضامن لا يعود على المضمون عنه بما أدى، إلا في صورة واحدة ، وهي: إذا قال الذي عليه الحق: اضمن عني ما لهذا علي فإذا أديت عني فهو دين لك علي: فهاهنا يرجع عليه بما أدى عنه، وعلل ذلك بأنه استقرضه ما أدى عنه: فهو قرض صحيح. ينظر: المحلى، ٣٩٦/٦.

بالاستثمار، فيقع حينئذ تبعاً. والملاحظ أن بعض الباحثين حينما ينظر في تلك العقود ينظر في حكم مقصودها الأصلي، ويغفل عن أثر الضمان المشروط تبعاً على حكمها؛ ومدى كونه حينئذ تبرعاً أو بأجر وما لذلك من أثر في مدى جواز المعاملة برمتها؛ فإن التبرع إذا اشتُرط في عقد معاوضة كان معاوضة ولا بد؛ وذلك لأن التبرع إنما كان لأجل المعاوضة لا تبرعاً مطلقاً، فيصير جزءاً من العوض(١).

٥- والقول في الضمانات المصرفية ينبني على عدد من الأصول التي يلزم الباحث النظر فيها وتحريرها قبل النظر في الضمانات المصرفية نفسها، وأبرز تلك الأصول:

١) حكم الضمان نفسه عند الفقهاء.
٢) حكم ضمان المجهول، من جهة أن كثيراً من الضمانات المصرفية هي من قبيل ضمان المجهول؛ من حيث أن ما وجب أو سيجب على المضمون عنه غير معلوم.
٣) حكم ضمان ما لم يجب، من جهة أن كثيراً من الضمانات المصرفية هي من قبيل ضمان ما لم يجب من حيث أن المضمون لم يجب على المضمون عنه بعد.
٤) حكم أخذ الأجر على الضمان جهة أن كثيراً من الضمانات المصرفية تأخذ عليها المصارف أجراً.

وثمة أصول يلزم النظر فيها في صور خاصة من الضمان مثل حكم اشتراط عقد في عقد، وذلك في صور اشتراط عقد الضمان في عقد آخر مستقل، كأن يقول:

(١) ينظر: القواعد الكلية، ص٢٨٤، مجموع الفتاوى، ٦٢/٢٩-٦٣.

أبيعك كذا بشرط أن تضمن ديني عند فلان.

٦- ومتى ما أخل الباحث لهذه المسألة بالأصول السابقة التي تنبني عليها: فإنه سيخطأ في نسبة الأقوال والاستدلال والنتيجة -وهذا من حيث العموم شأن المسائل التي تنبني على أصول متعددة-، ومن أمثلة ذلك: أن بعض الباحثين المعاصرين أجاز اشتراط عقد الضمان في بعض عقود الاستثمار بناءً على ما انتهى إليه من ملائمة هذا الشرط لمقتضى العقد، وجواز ضمان المجهول، وجواز ضمان ما لم يجب، بل جعل ذلك جائزاً على مذهب جمهور الفقهاء! مع هذا الضمان ليس تبرعاً، وإنما هو ضمان بأجر؛ لأنه مشروط في عقد معاوضة فيكون له جزء من العوض، والإجماع محكي على تحريم المعاوضة على الضمان كما سيأتي.

٧- وإذا تقرر انبناء القول في الضمانات المصرفية على الأصول التي سبق ذكرها أو أعلى بعضها: فإنه يلاحظ أن الضمان في نفسه قد أجمع المسلمون على جوازه في الجملة كما تقدم، أما ضمان المجهول، وضمان ما لم يجب فإن الخلاف في هاتين المسألتين وأدلة القولين فيهما واحد في الجملة كما يذكر ابن قدامة (ت٦٢٠)[١]، والقول بالجواز هو قول جمهور أهل العلم من الحنفية، والمالكية، والحنابلة واختاره ابن تيمية (ت٧٢٨) وغيرهم خلافاً للشافعية ومن وافقهم، وقول الجمهور هو الأقرب للصواب إن شاء الله[٢]، أما الأصل الذي يشكل على كثير من صور الضمان المصرفي فهو: حكم أخذ الأجر على الضمان الذي يوجد في كثير من

(١) ينظر: المغني، ٧/٧٤.

(٢) للتوسع ينظر في المسألتين: عقد الوكالة بالاستثمار، ص٥٠٢-٥٠٤.

صور الضمان المصرفي مع أنه قد أنه قد حكي الإجماع على تحريمة، **ولذا كانت هذه المسألة أهم ما ينبغي تحريره حكماً والتحقق من مدى اشتمال صور الضمان المصرفي عليه واقعاً، ولذلك عني المعاصرون هيئات وأفراداً بهذه المسألة، وجاء هذا البحث فيها.**

حكم الأجر[1] على الضمانات المصرفية

الأجر على الضمان قد يكون مبذولاً من المضمون عنه، وقد يكون مبذولاً من المضمون له، وأكثر صور الأجر على الضمان وقوعاً ودراسة وبحثاً: هو الأجر من قبل المضمون عنه، وفيما يلي الكلام في هاتين الصورتين على أن عامة الكلام في الصورة الأولى.

المسألة الأولى: حكم أخذ الضامن أجراً على ضمانه من قِبل المضمون عنه.

بما أنه قد حُكي الخلاف كما قد حكي الإجماع على تحريم أخذ الأجر على الضمان: ففيما يأتي تحقيق لمدى صحة الإجماع في المسألة ومدى صحة ما ينقل من خلاف لبعض المتقدمين من أهل العلم؛ متبوعاً بكلام المعاصرين من أهل العلم والباحثين في المسألة، والله الموفق للصواب.

حكم الأخذ الأجر على الضمان عند المتقدمين:

ذهب عامة أهل العلم من الحنفية[2]، والمالكية[3]، الشافعية[4]، والحنابلة[5] إلى تحريم أخذ الأجر على الضمان، وقال به: سفيان الثوري (ت١٦١) ، وابن جرير الطبري (ت ٣١٠)[1]، وابن المنذر (ت ٣١٩)[2]، وروي عن إبراهيم النخعي، رحم الله الجميع.

---

(١) ينظر في التعبير بـ (أخذ الأجر) أو (أخذ الجعالة): خطاب الضمان حقيقته وحكمه، الشيخ بكر أبو زيد، ضمن فقه النوازل، ١/٢٠٧-٢٠٨، خطاب الضمان المصرفي وحكم أخذ العوض عليه، د. علي الندوي، ص٤.

(٢) انظر: المبسوط، ٣٢/٢٠، الفتاوى البزازية، ١٨/٦، فتح القدير، ١٨٦/٧، منحة الخالق على البحر الرائق ٢٤٢/٦، مجمع الضمانات، ص٢٧٨، الأشباه والنظائر لابن نجيم، مع شرحه غمز عيون البصائر، للحموي، ١٥٤/٣.

(٣) انظر: البيان و التحصيل، ٢٨٩/١١-٢٩١، جامع الأمهات، ص٣٩١، الشرح الكبير، للدردير، ٧٧/٣، ٣٤٠-٣٤١، حاشية العدوي على شرح الخرشي، ٩٤/٥، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٤٠/٢.

(٤) انظر: الحاوي الكبير ، ٤٤٣/٦، روضة الطالبين، ٢٦٣/٤.

(٥) انظر: مسائل الإمام أحمد وإسحاق ابن راهويه، رواية إسحاق بن منصور الكوسج، قسم المعاملات، ٥١٩/٢، المغني، ٤٤١/٦، الكافي، ٢٧/٢، الشرح الكبير، ٣٥٣/١٢. الفروع، مع حاشية ابن قندس، ٣٥٧/٦، الإنصاف،

=

ومن أقوالهم:

قال في مجمع الضمانات: "لو كفل على جُعل جاز الضمان لا الجعل لو لم يشرط في أصل الضمان، ولو شرط الجعل في أصل الضمان بطل الجعل والضمان(٣)".

وقال الإمام مالك (ت ١٧٩): "الحمالة بالجعل حرام(٤)".

وقال في الحاوي الكبير: "فلو أمره بالضمان عنه بجعل جعله له لم يجز، وكان الجعل باطلاً والضمان إن كان بشرط الجعل فاسداً(٥)".

قال في الإقناع والكشاف: "(ولو جعل) إنسان (له) أي: لآخر (جعلاً على اقتراضه له بجاهه جاز)؛ لأنه في مقابلة ما يبذله من جاهه فقط (لا أن جعل له جعلا على ضمانه له) فلا يجوز نص عليهما(٦)".

وقال سفيان الثوري (ت ١٦١): "إذا قال رجل لرجل: اكفل عني ولك ألف درهم، الكفالة جائزة، ويرد عليه ألف درهم(٧)".

وقال ابن جرير (ت ٣١٠): "ولو كفل رجل على رجل بمال عليه لرجل على جعل جعله له المكفول عليه: فالضمان على ذلك باطل، ولا يلزم الضامن للمضمون له شيء إن كان ضمن له ما ضمن على شرط جعل على الذي عليه المال أو على المضمون له في حال الضمان. وإن كان ضمانه للمضمون له ما ضمن عن غريمه بغير شرط كان في حال الضمان

٣٥٢/١٢، كشاف القناع، ٣١٩/٣، مطالب أولي النهى للرحيباني، ٢٤٤/٣.

(١) اختلاف الفقهاء، لابن جرير، ص١٩٣-١٩٤.

(٢) الإقناع، لابن المنذر، ص٢٩٦.

(٣) مجمع الضمانات، للبغدادي، ص٢٧٨.

(٤) البيان و التحصيل، لابن رشد، ٢٨٩/١١.

(٥) ٤٤٣/٦.

(٦) ٣١٩/٣.

(٧) مسائل الإمام أحمد وإسحاق ابن راهويه، رواية إسحاق بن منصور الكوسج، قسم المعاملات، ٥١٩/٢.

عليه الجعل ولا على غريمه: كان للمضمون له إتباع الضامن بما ضمن له عن غريمه، ولم يكن للضامن من إتباع من جعل له على ذلك جعلا بما جعل له[١]".

وقال ابن المنذر (ت ٣١٩): "ولا يجوز أن يأخذ الضامن على ضمانه جعلاً[٢]".

وقد حُكي هذا القول إجماعاً. قال ابن المنذر(ت ٣١٩) -رحمه الله-: " أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم: أن الحمالة[٣] بجعل يأخذه الحميل : لا تحل ولا تجوز[٤]".

تحقيق قول إسحاق ابن راهويه (ت٢٣٨) في المسألة:

نُسب إلى إسحاق ابن راهويه (ت ٢٣٨) -رحمه الله- القول بجواز أخذ الأجر على الضمان[٥].

وأصل كلامه في المسألة جاء في مسائل الإمام أحمد وإسحاق ابن راهويه، ففيه: "قلت[٦]: "قلت[٦]: قال سفيان[٧]: إذا قال رجل لرجل: اكفل عني ولك ألف درهم، الكفالة جائزة، ويرد ويرد عليه ألف درهم؟ قال أحمد: ما أرى هذا يأخذ شيئاً بحق، قال إسحاق: ما أعطاه من شيء فهو حسن[٨]".

---

(١) اختلاف الفقهاء، لابن جرير، ص١٩٣-١٩٤.

(٢) الإقناع، لابن المنذر، ص٢٩٦.

(٣) في المطبوع الحوالة.

(٤) الإشراف، ٢٣٠/٦. وانظر: الإقناع في مسائل الإجماع، ١٧٣/٢. وفي مواهب الجليل (١١٣/٥) نقلاً عن ابن عرفة نقلاً عن اللخمي: الذي نقل هذا الإجماع عن ابن القطان عن صاحب الأنباء. وهو عند ابن القطان في الموضع السابق عن ابن المنذر.

(٥) انظر: مدى جواز أخذ الأجر على الضمان، د. نزيه حماد، ضمن كتابه قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، ص٢٨٤، وفيه يقول في الهامش: "نقل الماوردي في الحاوي عن إسحاق بن راهويه أن الضمان بشرط الجعل صحيح".

(٦) القائل هو: إسحاق بن منصور.

(٧) يعني: سفيان الثوري.

(٨) مسائل الإمام أحمد وإسحاق ابن راهويه، رواية إسحاق بن منصور الكوسج، قسم المعاملات، ٥١٩/٢.

وهذا النص ينبغي أن يكون هو المعتمد في تحقيق قول إسحاق(ت ٢٣٨)، لا من نقل عنه فدوّن ما فهم، مع أنه ليس في كلام أولئك التصريح بنسبة جواز الضمان بأجر إلى إسحاق رحمه الله (ت ٢٣٨)[١]، على أنه ليس من بأس في الاستئناس بأولئك العلماء في فهم قول إسحاق، وإنما المؤاخذة في الاعتماد عليها وإهمال المصدر الأصل.

وبناء على ما تقدم من النقل فقد نوقشت نسبة القول بالجواز إلى إسحاق –رحمه الله–: بأن قول إسحاق :"ما أعطاه من شيء فحسن". يحتمل أمرين:

أ- ما أعطاه للضامن دون شرط.

ب- ما أعطاه تنفيذاً للشرط.

ومما يقوي الاحتمال الأول ما جاء بعد هذا السؤال مباشرة، وهو: "قلت[٢]: قال[٣]: وإذا قال: استقرض لي من فلان ألف درهم ولك عشرة دراهم: هذا لا خير فيه؛ لأنه قرض جر منفعة. قال أحمد: هذا أجير، لا بأس به. قال إسحاق: أكرهه[٤]". فإذا كان الذي يتوسط في في الاقتراض يكره إسحاق أن يتقاضى جعلاً: فالكفيل بجعل أولى بالكراهة[٥].

وكذلك مما يقوي هذا الاحتمال في نظر الباحث أن قوله: "ما أعطاه من شيء فحسن" فقوله: "حسن" يعني أنه ليس لازماً عليه، ولو كان الضمان بشرط الجعل صحيحاً: لكان الجعل لازماً، وليس حسناً فحسب.

---

(١) ينظر: الإشراف ، ٢٣٠/٦، الحاوي الكبير، ٤٤٣/٦.

(٢) القائل هو: إسحاق بن منصور.

(٣) أي الثوري.

(٤) مسائل الإمام أحمد وإسحاق ابن راهويه، رواية إسحاق بن منصور الكوسج، قسم المعاملات، ٥١٩/٢. وانظر: الإشراف، لابن المنذر، ٢٣٠/٦.

(٥) انظر: تعليق الشيخ محمد المختار السلامي على بحث الدكتور نزيه حماد، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، م١٢، ص ١٢٤. وانظر: عقد الضمان المالي وتطبيقه المصرفي في خطاب الضمان، د. عبد الرحمن الأطرم، ص ١٠٢.

وأما الاعتراض على نسبة القول بالجواز إلى إسحاق بناءً على أن ابن المنذر حكى الإجماع في المسألة، ثم عقب برأي إسحاق فكيف ينقض إجماعه بنفسه[١]؟

فهذا الاعتراض محل نظر؛ إذ إن علماء الأصول قد اختلفوا في انعقاد الإجماع مع مخالفة الواحد والاثنين، والمرجح عند جمهورهم أنه لا ينعقد مع ذلك، وذهب جماعة منهم ابن جرير الطبري (ت ٣١٠) –رحمه الله– وغيره إلى أنه ينعقد مع ذلك، وأومأ إلى هذا الإمام أحمد (ت ٢٤١) –رحمه الله–[٢].

بل إن بعض العلماء قد ألف في مثل هذا النوع من مسائل الفقه[٣].

والذي يظهر –والله أعلم– أن ابن المنذر (ت٣١٩) على منهج ابن جرير (ت ٣١٠) في هذه المسألة[٤]، ومن تتبع كتاب الإجماع له: رأى أنه يذكر مسائل كثيرة من هذا النوع، فيذكر الإجماع، ثم يذكر الخلاف[٥]. ثم وقفت على هذا القول لابن القيم (ت ٧٥١): "عادة ابن المنذر أنه إذا رأى قول أكثر أهل العلم حكاه إجماعاً[٦]".

هذا، وقد مال بعض الباحثين إلى أن رأي إسحاق (ت ٢٣٨) في الضمان بشرط الجعل هو: فساد الشرط وصحة العقد[٧]، استناداً إلى ما جاء في الحاوي: "فلو أمره بالضمان عنه

---

(١) ينظر: عقد الضمان المالي وتطبيقه المصرفي في خطاب الضمان، ص ١٠٢-١٠٣.

(٢) ينظر: العدة، لأبي يعلى، ١١١٧/٤-١١٢٤، شرح مختصر الروضة، للطوفي، ٥٣/٣-٦٠، التحبير شرح التحرير، للمرداوي، ١٥٦٨/٤-١٥٧٣، شرح الكوكب المنير، لابن النجار، ٢٢٩/٢-٢٣٠، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لابن بدران، ص٢٨٠-٢٨١، قواطع الأدلة، للسمعاني، ٢٩٦/٣-٣٠٨.

(٣)كما فعل محمد بن الحسن التميمي الجوهري المتوفى سنة ٣٥٠ تقريباً، في كتابه نوادر الفقهاء، ينظر: ص٢٤.

(٤) ينظر: مقدمة محقق الإجماع لابن المنذر، ص١٦.

(٥) ومن ذلك قوله في ثالث مسألة منه: "وأجمعوا على أن دم الاستحاضة ينقض الطهارة. وانفرد ربيعة، وقال: لا ينقض الطهارة ":الإجماع، ص٣٠. وقول ربيعة ذهب إليه بعض المالكية. ينظر: المنتقى، للباجي، ١٢٧/١، واختاره الشوكاني وغيره. انظر: القول الواضح في صلاة المستحاضة وغيرها من أهل العلل والجرائح، للشوكاني، ص٥٣.

(٦) تصحيح الفروع، للمرداوي، ٢٤٨/٢، وكذلك نقله في الإنصاف، ٦٧٤/٣.

(٧) انظر: عقد الضمان المالي وتطبيقه المصرفي في خطاب الضمان، د. عبد الرحمن الأطرم، ص ١٠٤، حكم أخذ الأجر

=

بجعل جعله له: لم يجز، وكان الجعل باطلاً والضمان -إن كان بشرط الجعل- فاسداً، بخلاف ما قاله إسحاق بن راهويه[١]".

ومما تقدم: يظهر أنه لم يأت عن أحد من المتقدمين قول صريح بجواز اشتراط الأجر على الضمان، وغاية ما ورد هو قول إسحاق بن راهويه (ت ٢٣٨)، وتقدم عدم إفادته الجواز.

أقوال المعاصرين في أخذ الأجر على الضمان:

تباينت آراء العلماء والباحثين المعاصرين، والهيئات الشرعية تجاه أخذ الأجر على الضمان، غير أن جمهورهم على جواز أخذ الأجر مقابل الأتعاب الإدارية، بشرط مساواتها لأجر المثل عند بعضهم، ومساواتها للتكاليف الفعلية عند آخرين[٢]. وذهب بعضهم إلى المنع مطلقاً كاللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء[٣]. وليس هذا محل البحث هاهنا من وإنما مجال البحث هو حكم أخذ الأجر مقابل الضمان نفسه، وقد جاءت أقوال المعاصرين على النحو التالي:

الأجر على الضمان، د. يوسف الشبيلي.

على أنه لو كان هذا هو رأي إسحاق فليس من مفرداته، بل قال به سفيان الثوري. انظر: مسائل الإمام أحمد وإسحاق ابن راهويه، رواية إسحاق بن منصور الكوسج، قسم المعاملات، ٥١٩/٢، الإشراف، لابن المنذر، ٢٣٠/٦. ومال إليه بعض الحنفية، جاء في الفتاوى البزازية: "وإن شرط فيها -أي الجعل- بطلت الكفالة، وكان ينبغي أن تصح الكفالة لعدم بطلانها بالشرط..." الخ : ١٨/٦.

(١) الحاوي الكبير، للماوردي، ٤٤٣/٦.

(٢) انظر: خطاب الضمان المصرفي وحكم أخذ العوض عليه، د. علي الندوي، ص٣٣. وقد حكى بعضهم اتفاق الفقهاء المحدثين على ذلك. نظر: خطاب الضمان، د. حسن الأمين، ضمن أعمال الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي، ص ٤٣٠. وفي هذا ما فيه.

(٣) انظر: بحثهم بعنوان: بحث في المعاملات المصرفية والتحويلات المصرفية، أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، ٢٨٣/٥.

القول الأول: منع أخذ الأجر مقابل الضمان نفسه مطلقاً.

وقد صدر بذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي(١)، والمعيار الشرعي هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية(٢)، وتوصية الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي(٣)، وقرار الندوة الفقهية الأولى لمصرف أبو ظبي الإسلامي(٤)، وقرار الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية(٥)، وعليه العمل في بيت التمويل الكويتي(٦) وغيره من المصارف(٧).

وممن أخذ بهذا القول من العلماء والباحثين المعاصرين: الشيخ بكر أبو زيد(٨)، والشيخ محمد المختار السلامي(٩) -رحمهما الله-، والدكتور عبد الرحمن الأطرم(١)، والدكتور علي السالوس(٢)، والدكتور عبد الستار أبو غدة(٣)، وغيرهم(٤).

---

(١) انظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم (١٢)، ص٢٦.

(٢) انظر: المعايير الشرعية، المعيار رقم: (٥)، البند: ٥/١/٣، ص٥٧، والبند: ١/١/٧ و ٢/٧، ص٦١.

(٣) انظر: الفتاوى والتوصيات الفقهية الصادرة عن الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي، في آخر أعمال الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي.

(٤) جاء في توصيات وقرارات الندوة ذات العنوان (خطاب الضمان المصرفي- نظرة فقهية معاصرة في تكييفه وبدائله) المعقودة في يوم السبت ١٥ شعبان ١٤٢١: " لا يجوز أخذ الأجر على الضمان المجرد، غير أن خطاب الضمان المصرفي كما تطبقه المؤسسات المالية لا يخلو من خدمات تقدمها ومصروفات تنفقها، فيجوز أخذ العوض مقابل تلك المصروفات والخدمات، ويتولى المصرف تقديرها حسب ذلك".

(٥) صدر عنها بذلك القرار رقم (٤١٨) ذو الموضوع: حكم أخذ العوض على الضمان. وكان الهيئة قد أصدرت في وقت سابق القرار رقم (٢٩) القاضي بجواز أخذ الأجر على الضمان المغطى دون غير المغطى. لكنها عدلت عنه إلى منع الأجر على الضمان نفسه مطلقاً.

(٦) جاء في سؤال موجه إلى المستشار الشرعي لبيت التمويل: "إنه من المعلوم والمتفق عليه أن بيت التمويل لا يتقاضى عمولة على إصدار خطابات الضمان...". انظر: الفتاوى الشرعية في المسائل الإقتصادية، بيت التمويل الكويتي، ص٢٨٩، ٢٩٠.

(٧) انظر: فتاوى الخدمات المصرفية، جمع د. أحمد محي الدين أحمد، ص٩٠-٩٥.

(٨) انظر: خطاب الضمان حقيقته وحكمه، الشيخ بكر أبو زيد، ضمن فقه النوازل، ٢١٠/١. وقد منع أخذ الأجرة مطلقا على خطاب الضمان غير المغطى، وأجازه على المغطى مقابل الخدمات الإجرائية.

(٩) تعليقه على بحث الدكتور نزيه حماد، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، م١٢، ص ١٣١.

ومن أقوالهم في هذا ما يلي:

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي: "إن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان -والتي يراعي فيها عادة مبلغ الضمان ومدته- سواء أكان بغطاء أم بدونه[٥]".

وجاء في المعايير الشرعية: "لا يجوز أخذ الأجر ولا إعطاؤه مقابل مجرد الكفالة مطلقاً، ويحق للكفيل استيفاء المصروفات الفعلية للكفالة[٦]". وجاء فيها -أيضا- :"لا يجوز أخذ

---

(١) انظر: عقد الضمان المالي وتطبيقه المصرفي في خطاب الضمان، ص١١٨، ١٢٣.

(٢) انظر: خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢/ج٢/١٠٧٩.

(٣) انظر: خطاب الضمان، ضمن بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، ص٣٩١.

(٤) منهم:

١- المستشار الشرعي لبيت التمويل الكويتي. ينظر: الفتاوى الشرعية في المسائل الإقتصادية، بيت التمويل الكويتي، ص٢٧٨.

٢- د. محمد عثمان شبير في كتابه: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص٣٠٠، ٣٠٤.

٣- أ.د عبد الوهاب أبو سليمان في كتابه: البطاقات البنكية الإقراضية والسحب المباشر من الرصيد، ص١٨٦.

٤- أحمد البزيع ياسين في: مناقشة موضوع خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢/ج٢/١١٩٤-١١٩٥.

٥- محمد علي الزبير في: مناقشة موضوع خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢/ج٢/١١٩٢.

٦- د. عبد الرحمن بن سعود الكبير في كتابه الكفالات المعاصرة، ١/٤٦١-٤٦٢.

٧- د. محمد بن إبراهيم الموسى في كتابه نظرية الضمان الشخصي، ٢/٦٠٣-٦٠٤.

٨- د. رفيق بن يونس المصري في كتابه: الجامع في أصول الربا، ص٣٨٠. وانظر: خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢/ج٢/١١١٨.

٩- يفهم من كلام د. الصديق الضرير في: تعليقه على بحث الدكتور نزيه، بمجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، م١١، ص١٠١، ومناقشة موضوع خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢/ج٢/١٢٠٦.

١٠- يفهم من كلام د. محمد الشيباني في كتابه: بنوك تجاريه بدون ربا، ص١٩١-١٩٢.

(٥) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم (١٢)، ص٢٦.

(٦) معيار الضمانات رقم: (٥)، البند: ٣/١/٥، ص٥٧.

الأجرة على خطاب الضمان لقاء مجرد الضمان، والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته، سواء أكان بغطاء أم بدونه[١]".

القول الثاني: جواز أخذ الأجر مقابل الضمان مطلقاً.

وقال به الشيخ علي الخفيف[٢] رحمه الله، والشيخ عبد الله بن منيع[٣]، والدكتور زكريا البري[٤]، ومال إليه الشيخ مصطفى الزرقا[٥] رحمه الله، وقال به غيرهم[٦].

---

(١) المعيار رقم: (٥)، البند: ١/١/٧، ص٦١.

(٢) انظر: الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، د. عمر المترك، ص٣٩٠.

(٣) ينظر: قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي، رقم (٤١٨)، ومحضر الاجتماع رقم: ٢/٢/٢٥، ووجهة نظر الشيخ عبد الله بن منيع فيما يتعلق بحكم أخذ الأجر على الضمان، المرفق رقم ١٢ في محضر الاجتماع رقم: ٢/٢/٢٥.
جاء في محضر الاجتماع رقم ٢/٢/٢٥ : " وبعد المداولة والمناقشة ظهر أن المسألة يتوجه فيها آراء أربعة هي: ...
٢- أن أخذ الأجر على الضمان يجوز مطلقاً، لأن منفعة الضمان، وهي الالتزام بالسداد منفعة مقصودة، وفيه مصلحة معتبرة، ولم يرد نص على المنع منه. ... واختار فضيلة الشيخ عبد الله بن سليمان المنيع الرأي الثاني وأخذ به " : ص٧-٨.

(٤) خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢/ج١١٠١/٢-١١٠٢، مناقشة موضوع خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢/ج١١٨١/٢.

(٥) انظر: مناقشة موضوع خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢/ج١١٩١/٢. وقال في ع٢/ج١٢٠٣/٢: ع٢/ج١٢٠٣/٢ : " أقول بالحرمة متى وجد البديل، وإذا لم يوجد فأنا متوقف لا أقول بإطلاق الجواز ولا أثبت على الحرمة".

(٦) منهم:

١- أحمد علي عبد الله في بحثه: جواز أخذ الأجر أو العمولة في مقابل خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢/ج١١٤٧/٢.

٢- د. عبد الله عبد الرحيم العبادي في الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، ٤٨٨/٥.

٣- تجاني عبد القادر أحمد في تعليقه على بحث الدكتور نزيه حماد مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامية، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، م٩، ص١٦٣.

٤- ومال إليه د. سامي حمود بتكييفه له بأنه وكالة بالأداء، ثم قال: "وهذا التكييف على أساس الوكالة هو الذي يمكن أن يفتح المجال للقول باستحقاق المصرف الأجر على قيامه بما وكل به": خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢/ج١١٢٥/٢. وانظر: تطوير الأعمال المصرفية، ص٣٠٠-٣٠١.

هذا، وقد نُسب هذا القول للشيخ عبد الرحمن السعدي (ت ١٣٧٦) –رحمه الله–[١].

والجزم بنسبة ذلك إلى الشيخ –رحمه الله–: محل نظر؛ وذلك:

لأنه جاء عن الشيخ ما يُفيد أنه يقول بالجواز، إذ يقول في أحد فتاويه: "قول الأصحاب –رحمهم الله–: وله أَخذ جعل على اقتراضه له بجاهه فيه نظر، فإنه لو قيل: أخذ الجعل على الكفالة لا عن الاقتراض لكان أولى، فإن الاقتراض من جنس الشفاعة وقد نهى الشارع عن أخذ الجعل فيها، وأما الكفالة، فلا محذور في ذلك، ولكن الأولى عدم ذلك[٢]".

وفي المختارات الجلية: "قوله[٣] (وإذا قال اقترض لي مائة ولك عشرة صح لأنه في مقابلة ما بذله من جاهه) فيه نظر: فإن هذه الصورة داخلة في القرض الذي جر نفعاً، وهذا وسيلة قريبة إلى الربا المحض، كما هو ظاهر، ومن العجائب أنها أولى بالامتناع من قوله، ولو قال اضمني فيها ولك ذلك لم يجز، فما الفرق بين الأمرين؟[٤]".

لكن جاء في موضع آخر من فتاويه ما يفيد المنع، ففي جواب للشيخ –رحمه الله– عن سؤال يقول: "إذا كان لإنسان غريم وأراد أن يستدين من غيره، ولا يحصل ذلك إلا بضمان صاحب الدين فهل يصح ضمانه؟" أجاب: "لا يصح أن يستدين ويضمنه صاحب الطلب، لأن هذا حيلة لقلب الدين بواسطة الغير، **ولأن ضمانه للدين مجعول فيه عوض هو حصول الوفاء، وذلك لا يجوز**...[٥]".

---

(١) انظر: وجهة نظر الشيخ عبد الله بن منيع فيما يتعلق بحكم أخذ الأجر على الضمان، المرفق رقم ١٢ في محضر الاجتماع رقم: ٢/٢/٢٥.

(٢) الفتاوى السعدية، ص٢٥٢. وانظر فتاوى الشيخ عبد الله بن عقيل، ٢/ ٢٨.

(٣) أي صاحب الروض (البهوتي). انظر: الروض المربع مع حاشية ابن قاسم، ٥/٥٠.

(٤) المختارات الجلية، ضمن المجموعة الكاملة لمؤلفات الشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، قسم الفقه، ٢/١٥٠.

(٥) الفتاوى السعدية، ص٢٦٤. والشاهد هو الجزء الأخير من الفتوى.

كما جاء في كتابه: (القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة):"ومن الفروق الضعيفة: قولهم[١]: وله أخذ الجعل على اقتراضه له بجاهه، لا على كفالته، **والأولى المنع في الصورتين**؛ لما في ذلك من الأخطار، وتفويت مقاصد القرض والوثيقة[٢]".

والذي يظهر -والله أعلم- أن القول بالمنع هو آخر القولين للشيخ -رحمه الله-؛ وذلك لأن الكتاب المذكور آنفاً (القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة)، من آخر مؤلفاته رحمه الله؛ إذ قد جاء في آخر ورقة من مخطوطته التي كتبها بيده: "قال ذلك وكتبه الفقير إلى ربه عبدالرحمن بن ناصر بن عبدالله السعدي غفر الله له ولواديه ولجميع المسلمين، فرغ منه ٢٢ ربيع الأول، ١٣٧٥[٣]"، في حين أن وفاته كانت في ٢٢ جمادى الآخرة سنة ١٣٦٧، أي أن الشيخ رحمه الله فرغ منه قبل وفاته بسنة وثلاثة أشهر.

القول الثالث: جواز أخذ الأجر مقابل الضمان المغطى وعدم جوازه في غير المغطى:

وقد صدرت بهذا القول: قرار ندوة البركة الثلاثة والثلاثين[٤]، وفتوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني[٥]، وقال بهذا القول: الدكتور عمر المترك[٦]، والدكتور وهبة الزحيلي[٧]-رحمهما الله-، والدكتور علي الندوي[٨]، والدكتور محمد الزحيلي[١]، وقال به غيرهم[٢].

---

(١) يعني الحنابلة، ينظر: الكافي، لابن قدامة، ٧٣/٢، الفروع، ٣٥٧/٦، الروض المربع مع حاشية ابن قاسم، ٥٠/٥.

(٢) القواعد والأصول الجامعة، ص ١٢٥.

(٣) ينظر: ص ٥٩ من المخطوطة التي بخط الشيخ رحمه الله.

(٤) قرارات وتوصيات ندوة البركة الثلاثة والثلاثين، ٧/٣٣.

(٥) انظر: فتاوى الخدمات المصرفية، جمع د. أحمد محي الدين أحمد، ص١٠٠-١٠٤.

(٦) الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، ص ٣٩١.

(٧) انظر: خطاب الضمان، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الثامن، الطبعة الرابعة، ص ٨٣،٩١. وفي كتابه الفقه الإسلامي وأدلته أجاز دفع الأجر على الضمان مطلقاً للضرورة أو للحاجة العامة. انظر: ١٦١/٥.

(٨) يقول: "-إن خطاب الضمان لا يخلو إما أن يكون بغطاء أو بدون غطاء، فإن كان بلا غطاء كلياً فهو عبارة عن الكفالة المعهودة في الفقه الإسلامي، وبذلك ينسحب حكم الكفالة على هذا وهو عدم جواز أخذ الأجر عليه.

=

وينص بعض القائلين بهذا القول على أن يكون وفاء الضامن إذا لم يوف المضمون عنه من الغطاء مباشرة(٣).

جاء في قرارات وتوصيات ندوة البركة الثلاثة والثلاثين: "إذا كان خطاب الضمان مغطى كلياً فإن مصدر الخطاب البنك يكون وكيلاً عن العميل في الأداء ويستحق العمولة التي تحدد باتفاق الطرفين باعتبارها أجرة عن الوكالة، وإذا كان مغطى جزئياً فإنه يستحق بالنسبة والتناسب، فمثلاً المغطى ٤٠% يؤخذ ٤٠% من العمولة التي للغطاء الكامل بصفة ذلك وكالة(٤)".

القول الرابع: جواز أخذ الأجر على الضمان إذا كان لا يؤول إلى القرض بمنفعة:

وقد صدر بذلك قرار الهيئة الشرعية ببنك البلاد(٥)، وقرار الهيئة الشرعية ببنك الجزيرة(٦)، وقال به الدكتور حسن بن عبد الله الأمين(٧)، والدكتور يوسف الشبيلي(١).

=إذا كان خطاب الضمان يتمتع بغطاء كامل أو بغطاء جزئي فحينئذ يمكن تخريج جواز أخذ الأجر على الجزء المغطى بالنظر إلى الوكالة بالأجر". خطاب الضمان المصرفي وحكم أخذ العوض عليه، ص٣٣.

(١) انظر: تعقيب على بحث خطاب الضمان المصرفي وتطبيقاته ومدى توافقه مع الحدود الشرعية للدكتور جاسم الشماسي، ص٥.

(٢) منهم:

١- الشيخ أنس الزرقا في: مناقشة موضوع خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢/ج٢/١١٩٧.

٢- ويظهر أنه قول أ.د علي القره داغي. انظر: خطاب الضمان ومدى جواز أخذ الأجر عليه، ص٣٣.

(٣) ينظر: موقع الشيخ يوسف الشبيلي، الرابط:

http://www.shubily.com/index.php?news=٥٩.

(٤) قرارات وتوصيات ندوة البركة الثلاثة والثلاثين، ٣٣/٧.

(٥) القرار رقم (٣٦) للهيئة الشرعية ببنك البلاد، الصادر في تاريخ: ١٤٢٦/٧/٢٤، ص٢. وقد صدر القرار بموافقة الأعضاء وتوقف أ.د عبد الله العمار. وقد سبق نقل جزء منه.

(٦) القرار (٤٤) للهيئة الشرعية ببنك الجزيرة، الصادر في تاريخ: ١٤٢٥/٣/١٧، ص ٢.

(٧) انظر: دراسة حول خطابات الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢/ج٢/١٠٥٣-١٠٥٤. ونحواً من هذا التفصيل في بحثه: خطاب الضمان، ضمن أعمال الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي، ص ٤٢٩-٤٣١.

والمراد بجواز الأجر على الضمان إذا كان لا يؤول إلى القرض بمنفعة: أي في الحالات التي لا يؤدي فيها الضامن عن المضمون عنه.

فدائرة الجواز في هذا القول أوسع نطاقاً منها في القول السابق؛ إذ إنه يُجيز الأجر على الضمان المغطى، ويجيز الأجر على الضمان غير المغطى بشرط ألا يؤدي الضامن عن المضمون عنه، فإن أدى عن المضمون عنه: لزم الضامن إعادة الأجر إلى المضمون عنه.

جاء في قرار الهيئة الشرعية ببنك الجزيرة: "يجوز للبنك أخذ أجرة على خطابات الضمان التي يصدرها على أن يلتزم البنك بإعادة الأجرة التي حصلها من عميله لقاء إصدار خطاب الضمان في الحالات التي يقوم البنك نيابة عن العميل بدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد من أموال البنك[٢]".

القول الخامس: جواز أخذ الأجر على الضمان حتى لو أدى الضامن عن المضمون عنه بشرط أن يبادر المضمون عنه بوفائه مثل ما قضى عنه فور الأداء أو في يومه.

وقال بهذا الدكتور نزيه حماد، وفي هذا يقول: "واشتراط الجعل فيها[٣] له في التطبيق خمسة أحوال:

أولها: أن التزام الكفيل بالدين -إذا لم يترتب عليه أداء الكفيل الدين إلى المكفول له، كما إذا أدى المكفول الدين إلى ربه، أو لم يطالب المكفول له الضامن بالمبلغ المكفول به، مثل كثير من حالات خطاب الضمان المصرفي- يجوز أخذ الأجر عليه ...

---

(١) انظر: حماية رأس المال، د. يوسف الشبيلي، ٣٣. حكم أخذ الأجر على الضمان، د. يوسف الشبيلي. -البحث غير مرقم الصفحات- وفي فتوى له منشورة في موقعه الإلكتروني قال بالتفريق بين الضمان المغطى فيجوز، دون الضمان غير المغطى. انظر الرابط:
http://www.shubily.com/index.php?news=٥٩ .

(٢) القرار (٤٤) للهيئة الشرعية ببنك الجزيرة، الصادر في تاريخ: ١٤٢٥/٣/١٧، ص ٢.

(٣) أي الضمان.

وثانيها: أن التزام الكفيل بالدين –إذا قام بأدائه إلى المكفول له وكان الضامن مديناً للمكفول بمثل الدين الذي وفاه عنه– يجوز أخذ الأجر عليه، وذلك لوقوع المقاصة جبراً بين الدينين، وبراءة ذمة كل من الكفيل والمكفول بها وانتهاء الكفالة والمداينة المترتبة عليها حالاً دون تأجيل.

وثالثها: أن التزام الكفيل بالدين –إذا قام بأدائه إلى المكفول له، وكان الضامن مديناً للمكفول ببعض الدين الذي قضاه عنه– يجوز أخذُ الأجر عليه، إذا بادر المكفول على الفور بوفائه مثل ما قضى عنه فور الأداء أو في يومه، وذلك لانتهاء الكفالة وكذا المداينة الناشئة عنها حالاً دون تأخير.

ورابعها: أن التزام الكفيل بالدين –إذا قام بأدائه عن المكفول دون أن يكون الضامن مديناً له بمثل الدين الذي أداه عنه– يجوز أخذ الأجر عليه، إذا بادر المكفول بوفائه مثل ما قضى عنه فور الأداء أو في يومه، وذلك لانتهاء الكفالة وكذا المداينة الناشئة عنها حالاً دون تأخير.

وخامسها: أن التزام الكفيل بالدين –إذا قام بأدائه عن المكفول ولم يكن الضامن مديناً للمكفول بمثل الدين الذي وفاه عنه قدراً ووصفاً، ولم يبادر المكفول على الفور إلى إبراء ذمته مما ثبت فيها للكفيل من دين بموجب وفائه حتى صار المبلغ المؤدى كله أو جزؤه ديناً مؤجلاً في ذمته– لا يجوز أخذ الأجر عليه. لأن الجعل على الالتزام حينئذ ليس إلا حيلة لأكل ربا النسيئة أو ذريعة إليه، وذلك محرم شرعاً. ولا فرق في هذه الصورة بين أن تقع الكفالة في الأصل على أن يكون الأمر فيها على هذا النحو، أو أن يؤول الحال فيها إلى ذلك (بدون اتفاق مسبق عليه) لأي سبب من الأسباب[1]".

---

(١) مدى جواز أخذ الأجر على الضمان، ضمن كتابه قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، ص٣١٠-٣١١. وانظر: ص٣٠٨-٣٠٩.

والقائل بهذا القول -كما هو ظاهر- دائرة الجواز عنده أوسع من سابقه، فهو يجيز صورة الضمان التي تؤول إلى قرض شريطة أن يبادر المضمون بوفاء الضامن مثل ما قضى عنه فور الأداء أو في يومه.

الأدلة:

أدلة القول الأول (من منع أخذ الأجر مقابل الضمان نفسه مطلقاً):

استدل القائلون بهذا القول بالأدلة التالية:

الدليل الأول:

الإجماع الذي حكاه ابن المنذر (ت ٣١٩) -رحمه الله- على عدم جواز أخذ الجعل على الضمان. وقد سبق قريباً نقل هذا الإجماع، وما يُحكى من خلاف إسحاق (ت ٢٣٨) -رحمه الله- وما يرد عليه.

الدليل الثاني:

أن أخذ العوض على الضمان يؤدي إلى أن يكون من باب القرض الذي يجر منفعة[(١)]، وهذا التعليل لمنع الأجر على الضمان: من أهم ما استدل به الفقهاء المتقدمون على تحريم أخذ الأجر على الضمان[(٢)].

نُوقش ذلك: بأن هذا الدليل ليس بمسلم على إطلاقه لأمرين:

أ- أن الجُعل في الضمان هو عوض على محض الالتزام بالدين، سواء أداه الكفيل فيما بعد أم لا.

---

(١) ينظر: عقد الضمان المالي وتطبيقه المصرفي في خطاب الضمان، د. عبدالرحمن الأطرم، ص١٠٦، الكفالات المعاصرة، د. عبد الرحمن بن سعود الكبير، ص٤٣٩.

(٢) ينظر مثلاً: المغني، ٦/٤٤١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣/٣٤١. منحة الخالق على البحر الرائق، لابن عابدين، ٦/٢٤٢.

ب- أن الكفيل إذا قضى الدين المكفول به فلا يكون بذلك مقرضاً للمكفول، ولا تسري عليه بمقتضى عقد الكفالة الأحكام الشرعية المتعلقة بالقرض...الخ[١].

يُجاب عن هاتين المناقشتين بجملتيهما بالآتي:

أ- كون الجعل على الالتزام ليس أمراً جديداً، فالفقهاء ذكروا أن معنى الضمان هو الالتزام، فهذا ابن قدامة (ت ٦٢٠) يقول في تعريفه للضمان: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق[٢]".

وعليه فلا إشكال أن الجُعل مقابل الضمان لا مقابل القرض، لكن حقيقة الضمان هو: التزام الضامن بإيفاء الحق للمضمون له إذا لم يوفه المضمون عنه، ثم رجوعه عليه. وهدف المضمون له من طلب الضمان هو: إيفاء الضامن إذا امتنع المضمون عنه، لا غير ذلك. وعليه: فإذ أدى عن المضمون عنه فإنه يكون مقرضاً له، والمحصلة النهائية هي: أن الضامن دفع مالاً، وأخذ أكثر منه، وتلك هي حقيقة القرض بفائدة. يقول ابن قدامة (ت ٦٢٠) معللاً منع أخذ الأجر على الضمان: "وأما الكفالة، فإن الكفيل يلزمه الدين، فإذا أداه وَجَبَ له على المكفول عنه، فصار كالقرض، فإذا أخذ عوضاً صار القرض جارّاً للمنفعة، فلم يَجُز[٣] "، وقال في البزازية: "الكفيل مقرض في حق المطلوب فإذا شرط الجعل مع ضمان المثل فيه شرط الزيادة على ما أقرضه[٤]".

---

(١) ينظر: مدى جواز أخذ الأجر على الضمان، د. نزيه حماد، ضمن كتابه قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، ص٣٠٧-٣٠٨، جواز أخذ الأجر أو العمولة في مقابل خطاب الضمان، أحمد علي عبد الله، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢/ج٢/١١٣٨-١١٣٩.

(٢) المغني، ٧١/٧.

(٣) المغني، لابن قدامة، ٤٤١/٦.

(٤) الفتاوى البزازية، ١٨/٦.

ب- لا يُسلم بأن الكفيل إذا قضى الدين المكفول به لا يكون بذلك مقرضاً للمكفول، وذلك لأن الدين الذي ينشأ عن الإنسان لا يخلو من أن ينشأ عن معاوضة أو إرفاق. وعليه: فإذا لم يكن حقيقة هذا الدين أنه قرض: فسيكون نشأ عن عقد معاوضة، وإذا كان كذلك فما هو العوض المقابل لهذا الدين؟ أهو مثله بزيادة؟ إذا كان كذلك فتلك حقيقة الربا(١).

ج- من المقرر لدى الفقهاء أن الحكم المنهي عنه إذا كان مبناه على قاعدة سد الذرائع فإنه لا يجوز فتحها أو تخصيصها بدون مبرر أقوى، ومن المعلوم أن أخذ الأجر على الضمان هو من هذا الباب، فحين يقول الفقهاء بمنعه استدلالاً بهذا الدليل لا يعنون أنه في كل صور الضمان بجعل يحصل القرض الذي يجر نفعاً(٢).

يقول ابن رشد الجد (ت٥٢٠) في جواب عن استدلال نحو مأخذ هذا الاستدلال: "ووجه وُجُوبِه(٣): **أن العلة إذا وضعت حسماً للباب، لم تخصص في موضع من المواضع**، ألا ترى أن منع قبول شهادة الأب لابنه، والابن لأبيه –لأجل التهمة الغالبة في الطباع...(٤)".

د- على القول بأن الأجر على الضمان هو على الالتزام: فإن الالتزام يأخذ حكمه من حكم الملتزَم به(٥)، ومن الشروط التي لابد منها في الملتزَم به: ألا يكون غرراً.

---

(١) ينظر حول هذا المعنى: تعليق الشيخ محمد المختار السلامي على بحث الدكتور نزيه حماد، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، م١٢، ص١٣٠.

(٢) انظر: تعليق الدكتور علي الندوي على بحث الدكتور نزيه حماد، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، م١٢، ص ١١٢، خطاب الضمان المصرفي وحكم أخذ العوض عليه، د. علي الندوي، ص٢٤-٢٥.

(٣) أي ضمان التلف على الراهن إذا هلك بيد المرتهن.

(٤) المقدمات الممهدات، ٣٦٨/٢.

(٥) انظر تعليق الدكتور الصديق الضرير على بحث الدكتور نزيه، بمجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، م١١، ص٩٨.

يقول صاحب تحرير الكلام في مسائل الالتزام: "وأما الركن الثالث وهو الملتزَم به. فهو كل ما فيه منفعة، وسواء كان فيه غرر أم لا(١)؟ إلا فيما كان من باب المعاوضات: فيشترط(٢) فيه انتفاء الغرر(٣)". والضمان بأجر يدخله الغرر كما سيأتي بيانه.

هـ- **مما يؤيد قوة هذا الدليل**: أن المناقش له بالمناقشة السابقة: منع بعض صور أخذ الأجر على الضمان استدلالاً به، إذ يقول: "إذا لم يكن الضامن الذي وفى دين المكفول له مديناً له بمثل ما قضى عنه، ولم يبادر المكفول بتوفيته مثل ما أدى عنه حالاً، حتى صار ذلك المال المؤدى -كله أو جزؤه- ديناً مؤجلاً في ذمته، ففي هذه الحالة يكون الأجر المشروط على الضمان حيلة لأكل ربا النسيئة، أو ذريعة إليه، وذلك محرم شرعاً، وكذا إذا وقعت الكفالة بجعل أساساً على أن يكون الأمر على هذا النحو، لقيام نفس المعنى الشرعي الحاضر(٤)".

الدليل الثالث:

أن أخذ الأجر على الضمان من قبيل أكل المال بالباطل(٥) -خاصة في حالة إذا لم يؤد الضامن عن المضمون عنه- الذي جاء النهي عنه الذي جاء النهي عنه في قوله ﷻ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا

---

(١) هذا بناءً على مذهب الإمام مالك في عدم اعتبار الغرر في التبرعات. انظر المدونة، ١١٩/١٥، ١٢٠، ١٢٣، ١٢٤.

(٢) في المطبوع (ويشترط)، والتصويب من مختصر تحرير الكلام في مسائل الالتزام ، لعلي بن إبراهيم البعلي المالكي، مصورة من مخطوطات الأزهر، ٢/ب.

(٣) تحرير الكلام في مسائل الالتزام، للحطاب، ص٦٩.

(٤) مدى جواز أخذ الأجر على الضمان، د. نزيه حماد، ضمن كتابه قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، ص٣٠٩. وانظر: ص٣١١.

(٥) انظر الشيخ عبد الله بن بيه، مناقشة موضوع خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢/ج١٢٠١/٢، عقد الضمان المالي وتطبيقه المصرفي في خطاب الضمان، د. عبد الرحمن الأطرم، ص١٠٦.

ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ ﴾[1]، وقوله ﷻ: ﴿وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ وَتُدۡلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلۡحُكَّامِ لِتَأۡكُلُواْ فَرِيقٗا مِّنۡ أَمۡوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلۡإِثۡمِ وَأَنتُمۡ تَعۡلَمُونَ ١٨٨﴾[2]، قال في غمز عيون البصائر: "لعل وجه عدم الصحة: أن الكفالة ليست عملاً حتى يصح أن يجعل لها أجراً[3]"، وقال في الشرح الصغير: "وعلة المنع أن الغريم إن أدى الدين لربه كان الجعل باطلاً؛ فهو من أكل أموال الناس بالباطل، وإن أداه الحميل لربه ثم رجع به على الغريم كان من السلف بزيادة[4]". وقال في الحاوي الكبير مبيناً وجه كونه من أكل المال بالباطل: "لأن الجعل إنما يستحق في مقابلة عمل، وليس الضمان عملاً فلا يستحق به جعلاً[5]".

نُوقش ذلك: بعدم التسليم؛ إذ إن محض الالتزام بالضمان وإن لم يكن عملاً فهو في حكم العمل بجامع المنفعة المشروعة المتقومة المبذولة في كليهما[6].

الدليل الرابع:

أن الضمان من أبواب المعروف، التي لا تكون إلا لله [7].

نُوقش ذلك: بعدم التسليم، فليس كل أبواب المعروف لا يجوز الاعتياض عنها، وقد أجاز الفقهاء أو بعضهم أخذ الأجر على أنواع من المعروف، كأخذ الأجر على تعليم القرآن وعلى الشهادة، وغيرهما من أعمال القرب[1].

---

(١) النساء:٢٩.

(٢) البقرة:١٨٨.

(٣) للحموي، ١٥٤/٣.

(٤) ١٦٠/٢.

(٥) ٤٤٣/٦.

(٦) انظر: مدى جواز أخذ الأجر على الضمان، د. نزيه حماد، ضمن كتابه قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، ص٣٠٥.

(٧) انظر: شرح الخرشي، ٩٤/٥. حاشية الدسوقي، ٧٧/٣، شرح ميارة على التحفة، ١٢١/١.

الدليل الخامس:

أن اشتراط الأجر على الكفالة يؤدي إلى الغرر الممنوع شرعاً[٢]، ووجه: "أن من اشترى سلعة وقال لرجل: تحمل عني بثمنها –وهو مئة– على أن أعطيك عشرة دنانير، أو باع سلعة وقال لآخر تحمل عني الدرك في ثمنها إن وقع الاستحقاق وأنا أعطيك عشرة: لم يدر الحميل هل يفلس من تحمل عنه أو يغيب فيخسر مئة دينار ولم يأخذ إلا عشرة، أو يسلم من الغرامة فيأخذ العشرة[٣]".

نُوقش ذلك بأمرين:

أ- أن هذا الدليل له وجه لو كان التكييف الفقهي للأجر على الضمان أنه عوض على الدين المكفول به إذا أداه الضامن لرب المال، ولكنه غير مسلّم بناءً على أن الجعل في الضمان إنما هو مقابل مجرد التزام الضامن بالدين المكفول به في ذمته، سواء أداه عن المكفول أو لم يؤده[٤].

ب- أن أداء الضامن عن المضمون عنه: لا يعني أنه خسر ماله، بل يبقى ديناً في ذمة المدين، ولو صح اعتبار ذلك غرراً لكان الذي يبيع بيعاً آجلاً قد خاطر بماله كالضامن[٥].

---

(١) انظر: مدى جواز أخذ الأجر على الضمان، د. نزيه حماد، ضمن كتابه قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، ص٢٩٨-٢٩٩، نظرية الضمان الشخصي، د. محمد الموسى، ٦٠٣/٢-٦٠٤.

(٢) انظر: تعليق الشيخ محمد المختار السلامي على بحث الدكتور نزيه حماد، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، م١٢، ص١٢٩، ١٣١.

(٣) شرح ميارة على التحفة، ١٢١/١. وانظر: البيان و التحصيل، لابن رشد، ٢٩٠/١١، منح الجليل، لعليش، ٢٢٩/٦.

(٤) انظر: مدى جواز أخذ الأجر على الضمان، د. نزيه حماد، ضمن كتابه قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، ص٣٠٦.

(٥) ينظر: حكم أخذ الأجر على الضمان، د. يوسف الشبيلي.

يُجاب عن المناقشة الأولى: بأنه لا إشكال بأن العوض مقابل الضمان، وليس مقابل الدين المكفول به، لكن الضمان -الذي عبر عنه المناقش بالالتزام المجرد- حقيقته التزام بأداء الدين إن لم يؤديه المضمون عنه، وهذا الأمر مجهول حصوله، وذلك أحد أوجه الغرر.

يُجاب عن المناقشة الثانية: بأنه على القول بأن الضامن لا يعود على المضمون عنه فحصول الغرر ظاهر[1]، وعلى القول بأن يعود عليه فالغرر حاصل -أيضاً- ووجه أنه لا يدري أيؤدي عن المضمون عنه أم لا؟ **والفرق بين البيع الآجل والضمان:** يتضح في كون من يبيع البيع الآجل قد حدد موعد تسليم الثمن، ودخل في العقد وهو على بينة من أمره بخلاف من يدخل في الشيء وهو لا يدري هل يحصل أم لا.

الدليل السادس:

أن أخذ الأجر على الضمان داخل في الرشوة، قال في المبسوط: "ولو كفل رجل عن رجل بمال على أن يجعل له جعلاً؛ فالجعل باطل هكذا روي عن إبراهيم -رحمه الله- وهذا؛ لأنه رشوة، والرشوة حرام فإن الطالب ليس يستوجب بهذه الكفالة زيادة مال فلا يجوز أن يجب عليه عوض بمقابلته[2]".

يناقش ذلك: بعدم التسليم بكون أخذ الأجر على الضمان من قبيل الرشوة، إذ ليس في أخذ الأجر على الضمان إبطال حق أو إحقاق باطل[3].

أدلة القول الثاني (من أجاز أخذ الأجر مقابل الضمان نفسه مطلقاً):

استدل هؤلاء بما يلي:

---

(١) قال بهذا ابن حزم. ينظر المحلى ٣٩٦/٦.

(٢) المبسوط، ٣٢/٢٠.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين، ٣٦٢/٥.

الدليل الأول:

أن الأصل في الأشياء -ومنها العقود والشروط والتصرفات- الإباحة والجواز والصحة، ولا يحرم منها إلا ما يقوم الدليل الخاص على تحريمه(١)، ولا يوجد في الكتاب أو السنة ما يمنع من أخذ الأجر على الضمان، ولا توجد فيه مفسدة توجب تحريمه، بل المصلحة في إباحته(٢).

نُوقش ذلك: بأنه قد قام الدليل الخاص المانع من أخذ الأجر على الضمان، وقد سبق ذكر أدلة هذا القول(٣).

أما القول بأن المصلحة في أخذ الأجر على الضمان فإنه:

أ- لا يسلم بأن المصلحة تقتضي إباحة الأجر على الضمان، إذ كيف يمنع الأجر على القرض، ولا يمنع أخذه على الضمان، وغاية ما يترتب على الضمان إقراض الضامن المضمون عنه، فلو كان هذا النظر المصلحي صحيحاً لكان جواز أخذ الأجر على القرض أولى(٤).

ب- لو سلّم بذلك فإن المصلحة لا يعارض بها النصوص.

الدليل الثاني:

القياس على أخذ العوض في جملة من التبرعات، كالإمامة وتعليم القرآن، والهبة إلى غيرها، فمع كون الأصل فيها أنها عقود تبرع إلا أنه جاز أخذ العوض عليها(٥).

---

(١) انظر: خطاب الضمان، د. زكريا البري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢/ج٢/١٠٩٩، مناقشة موضوع خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢/ج٢/١١٧٨.

(٢) انظر: خطاب الضمان، د. زكريا البري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢/ج٢/١١٠١.

(٣) انظر: ما تقدم من أدلة.

(٤) انظر: حكم أخذ الأجر على الضمان، د. يوسف الشبيلي.

(٥) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢/ج٢/١١٠٣-١١٠٤، عقد الضمان المالي وتطبيقه المصرفي في خطاب الضمان، د. عبد الرحمن الأطرم، ص ١٠٩.

نُوقش ذلك: بأن ما ذُكر قياس مع الفارق؛ إذ إنه يترتب على أخذ الأجر على الضمان من المحاذير -وعلى رأسها جره إلى الربا- ما لا يترتب على ما ذُكر[١].

الدليل الثالث:

أن المالكية أو بعضهم أجاز أن يأخذ المدين عوضاً من الدائن على أن يقوم بتقديم كفيل أو ضامن بالدين الذي عليه، كما أجاز بعضهم أن يقول الضامن لرب الدين ضع من دينك عن فلان، وسأتحمل لك بباقية. وإذا جاز هذا وذاك فلم لا يجوز أخذ الضامن جعلاً من المضمون عنه لقاء ضمانه[٢].

يُناقش ذلك: هذه المسألة شبيهة بمسألة ضع وتعجل[٣] من جهة كون كلٍ من المسألتين فيهما وضع من الدين وفي هذه المسألة مقابل ذلك هو الضمان من طرف آخر، وفي مسألة ضع وتعجل المقابل هو: تعجيل الوفاء[٤].

ثم إن هناك فرقاً بين المسألة محل البحث، وبين هاتين المسالتين، ففيهما العوض يمنح من قبل المضمون له للمضمون عنه، بينما في المسألة محل البحث العوض يمنح من قبل المضمون عنه للضامن.

---

(١) انظر: عقد الضمان المالي وتطبيقه المصرفي في خطاب الضمان، د. عبد الرحمن الأطرم، ص ١٠٩.

(٢) انظر: جواز أخذ الأجر أو العمولة في مقابل خطاب الضمان، أحمد علي عبد الله، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢/ج٢/١١٤٠-١١٤١.

(٣) هي الحطيطة من الدين المؤجل لأجل تعجيله. وقد أجازها مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم (٦٤). انظر قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ص١٤٣.

(٤) وإن كان ثمة فرق بينهما في كون (ضع وتعجل) إنما هي في الديون المؤجلة دون الحالة. ينظر: البطاقات البنكية، د. عبد الوهاب أبو سليمان ، ص ١٤٩.
ومما يبين شيئاً من الفرق بينهما: أن الحنفية لا يجيزون "ضع وتعجل". ينظر: العناية شرح الهداية، للبابرتي، ٤٢٦/٨.
وأجازوا مصالحة الكفيل المكفول له على بعض الدين. انظر: المبسوط ٥٩/٢٠.

وعليه: فالقرض الذي يجر نفعاً متصور في المسألة محل البحث، وليس متصوراً في هاتين المسألتين؛ لأن الضامن فيهما الذي ربما يؤول مقرضاً للمضمون عنه: ليس منتفعاً من القرض.

الدليل الرابع:

الاستناد إلى الاستحسان في تجويز أخذ الأجر على الضمان(١).

نُوقش ذلك:

أ- أن الاستناد إلى دليل الاستحسان لا بد له من دليل يبين وجه الأخذ به(٢).

ب- ثم إن الاستحسان لا يلتفت إليه عند معارضته ما هو أقوى منه(٣).

الدليل الخامس:

الاستناد إلى القاعدة الفقهية "الغنم بالغرم"، أو "الخراج بالضمان"، فبما أن مقتضى هذا الضمان المصرفي إلزام المصرف بالمغارم التي تترتب على هذا الضمان، فلم لا يكون له غنم من المضمون(٤).

نُوقش ذلك: بأن من مقتضى "الخراج بالضمان" الاشتراك في الأرباح والخسائر، والضمان فيه: ضمان عقود، ولا علاقة له بالضمان المعبر عنه بالكفالة فشتان بين الموضوعين(٥).

---

(١) انظر: خطاب الضمان، د. زكريا البري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢/ج٢/١١٠٤.

(٢) انظر: مناقشة موضوع خطاب الضمان، محمد علي الزبير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢/ج٢/١١٩٢.

(٣) انظر: عقد الضمان المالي وتطبيقه المصرفي في خطاب الضمان، د. عبد الرحمن الأطرم، ص ١١١.

(٤) انظر: خطاب الضمان، د. زكريا البري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢/ج٢/١١٠٤، الكفالات المعاصرة، د. عبد الرحمن بن سعود الكبير، ١/٤٥٢-٤٥٣.

(٥) انظر: خطاب الضمان المصرفي وحكم أخذ العوض عليه، د. علي الندوي، ص٣٢، تعليق الدكتور علي الندوي على بحث الدكتور نزيه حماد أخذ ، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، م١٢، ص ١٢٠.

أدلة القول الثالث (من أجاز أخذ الأجر مقابل الضمان المغطى دون الضمان غير المغطى):

أما أدلة هذا القول على منع أخذ الأجر على الضمان فهي كما سبق في أدلة القول الأول، أما أدلتهم على جواز أخذ الأجر على الضمان المغطى فهي كما يلي:

الدليل الأول:

أن العمولة التي يأخذها المصرف في حالة الضمان المغطى إنما هي مقابل خدماته، كالعمولة التي تؤخذ من قبله في عملية التحويل بالشيكات؛ لأن هذه العملية ليست مقابل قرض ولا ما يؤول إلى القرض؛ لأن المصرف لا يدفع من ماله شيئاً، وإنما يدفع ما التزمه بموجب الضمان من مال المضمون عنه الموجود لديه[١].

الدليل الثاني:

أن أخذ الأجر على الضمان المغطى يمكن تخريجه على أخذ الأجر على الوكالة بأجر[٢].

وبالجملة: فأدلة المنع لا ترد على الضمان المغطى، والله أعلم.

أدلة القول الرابع (من أجاز الأجر على الضمان إذا كان لا يؤول إلى القرض بمنفعة):

استدل القائلون بهذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

عمدة القائلين بهذا التفريق هو أن أدلة المنع لم يسلم منها إلا الدليل الثاني[٣]، وعليه فإذا خلا اشتراط الأجر من هذا المحضور جاز[٤].

---

(١) انظر: الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، د. عمر المترك، ص٣٩١. وانظر: موقع الشيخ يوسف الشبيلي، الرابط: http://www.shubily.com/index.php?news=٥٩ .

(٢) انظر: خطاب الضمان المصرفي وحكم أخذ العوض عليه، د. علي الندوي، ص٣٣، خطاب الضمان، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الثامن، الطبعة الرابعة، ص ٨٣،٩١، تعقيب د. محمد الزحيلي على بحث خطاب الضمان المصرفي وتطبيقاته ومدى توافقه مع الحدود الشرعية للدكتور جاسم الشماسي، ص٥.

(٣) وهو: كون الضمان بأجر يؤدي إلى القرض الذي يجر منفعة.

(٤) حكم أخذ الأجر على الضمان، د. يوسف الشبيلي.

يُناقش ذلك بما يلي:

أ- أن للقول الأول أدلة أخرى ما تزال قائمة، وأهمها بالإضافة إلى الإجماع المحكي: ما يؤول إليه من الغرر -كما قد سبق بيانه-.

ب- أن تعليل منع أخذ الأجر على الضمان **إنما هو**: **لأنه يؤدي إلى القرض بمنفعة، وليس لأنه قرض بمنفعة،** وعليه فكل ما قَوِي فيه احتمال تأديته إلى القرض بمنفعة: منع، وليس كل قرض جر نفعاً فحسب. ويوضح ذلك:

ج- أن تحريم الأجر على ضمان لأجل ما يؤدي إلى القرض بمنفعة مبناه على قاعدة سد الذرائع، ومن المقرر لدى الفقهاء أن الحكم المنهي عنه إذا كان مبناه على قاعدة سد الذرائع فإنه لا يجوز فتحها أو تخصيصها بدون مبرر أقوى(١).

يُمكن الإجابة عن المناقشة الأولى: بأن المنع لأجل الغرر مبناه على أن الضمان يؤول إلى القرض، وعليه فإذا استثنيت الحالة التي يؤول فيها الضمان إلى القرض جاز.

يجاب عن هذه الإجابة: بأن مع التسليم بانتفاء الغرر في حالة الضمان المغطى: فإنه لا يُسلم بذلك في غير المغطى؛ لأن الضامن بأجر في مخاطرة هل يؤدي المضمون عنه فيكسب أجر الضمان، أم لا يؤدي فيقوم هو بالأداء، ومن ثَمّ يلزمه -بمقتضى قولهم- أن يرد الأجر على المضمون عنه. وهذا القدر من الغرر كاف في منع الأجر على الضمان حينما يكون بدون غطاء.

---

(١) انظر: تعليق الدكتور علي الندوي على بحث الدكتور نزيه حماد أخذ ، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، م١٢، ص ١١٢، خطاب الضمان المصرفي وحكم أخذ العوض عليه، د. علي الندوي، ص٢٤-٢٥.

الدليل الثاني:

الاستئناس بما ذكره أهل العلم من جواز أخذ ثمن الجاه، مع أن علل المنع من الأجر في الضمان متحققة فيه، فهو من المعروف، وليس عملاً ولا مالاً، إلا أنه يفارق الضمان بكونه لا يؤول إلى القرض، لأن صاحب الجاه لا يغرم، بخلاف الضمان فإنه يغرم.

يُناقش ذلك بما يلي:

أ- أن أخذ الأجر على الجاه ليس محل اتفاق بين أهل العلم، فالمالكية -على سبيل المثال- يمنعون من أخذ الأجر على الجاه، ويعللون بأن من المعروف الذي لا يكون إلا لله[1].

ب- في أخذ الأجر على الضمان علة أخرى للمنع غير موجودة في الأجر على الجاه[2]، وهي الغرر.

الدليل الثالث:

أن الإجماع المحكي في تحريم الأجر على الضمان ينبغي حمله على ما إذا كان يؤدي إلى القرض بمنفعة.

يُناقش ذلك: بأن حصر الإجماع المحكي في حالة ما إذا أدى الضمان إلى القرض بمنفعة: نوع تحكم؛ لأن كلا الصورتين من الضمان -الذي يؤدي إلى القرض بمنفعة والذي لا يؤدي- موجودتان في الواقع الذي حكي عليه الإجماع، فما دليل تخصيصه وحمله على أحدهما دون موجب؟

---

(١) انظر: شرح الخرشي، ٢٣٠/٥، منح الجليل، ٢٢٨/٦.

(٢) أي غير تأديته إلى القرض بمنفعة.

أدلة القول الخامس (من أجاز الأجر على الضمان حتى لو أدى الضامن عن المضمون عنه بشرط أن يبادر المضمون عنه بوفائه مثل ما قضى عنه فور الأداء أو في يومه):

يلخص الدكتور نزيه حماد -وفقه الله- مستنده في ما اختاره في هذه المسألة بأن أدلة القول بعدم جواز اشتراط الأجر وأخذه على الضمان مطلقاً غير سالمة من الإيرادات(١)، وأما الصورة التي منعها فمستنده في ذلك هو أن الجعل فيها ليس إلا حيلة لأكل ربا النسيئة، أو ذريعة إليه، وهذا محرم شرعاً(٢).

يُناقش ذلك بالآتي:

أ- أن الأدلة السابقة -وخاصة دليل أيلولة الضمان بجعل إلى القرض بمنفعة، ودليل كونه من الغرر- تمنع من الضمان غير المغطى بشكل واضح، إن لم تمنع من أخذ الأجر على الضمان مطلقاً.

ب- أن ما استدل به الدكتور على جواز الصور التي أجازها -بالأخص الرابعة- يدل بنفس القوة على جواز الصورة الخامسة، وبما أنه لا يصح الاستدلال بها على جواز الصورة الخامسة عنده، فلا يصح الاستدلال بها على الصورة الرابعة(٣)؛ لأن مناط الصورتين واحد.

ج- يبين ذلك: أن من أبرز العلل في منع أخذ الأجر على الضمان: هو جره لأخذ القرض بمنفعة، فكما أن ذلك متحقق في الصورة الخامسة -عند الدكتور- فهو متحقق في الصورة الرابعة، وأي دليل يجعل مناط الجواز هو انتهاء الكفالة والمداينة الناشئة عنها فور الأداء أو في يومه؟ **ويوضح ذلك:**

---

(١) كان مبنى بحثه على مناقشة أدلة المانعين.

(٢) انظر: مدى جواز أخذ الأجر على الضمان، د. نزيه حماد، ضمن كتابه قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، ص٣١٠-٣١١.

(٣) انظر: تعليق تجاني عبد القادر أحمد على بحث الدكتور نزيه حماد مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامية، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، م٩، ص١٦١-١٦٢.

لو أن إنساناً أقرض آخر مالاً بزيادة لم يكن مناط الجواز هو أن يؤدي القرض في نفس اليوم أم لا، فلو أداه بنفس اليوم مع أخذ الزيادة لم يجز.

ملاحظة حول القولين الرابع والخامس:

يرد على القول الرابع –القائل بأن الضامن إذا أدى عن المضمون عنه يلزمه رد الأجر الذي أخذه من المضمون عنه إليه– والقول الخامس –القائل بما سبق في القول الرابع ما لم يوف المضمون عنه الضامن في نفس اليوم–: **أن هذا الرأي غير عملي وعسير التطبيق في المصارف الإسلامية**؛ لأن من عادة الناس بوجه عام عدم سداد الديون في أوانها مع وجود الالتزامات المؤكدة على التغريم والتعويض بسبب المماطلة في البنوك التقليدية، فكيف لو علموا أن الأجر الذي دفعوه إلى المصرف مقابل الضمان سيرد إليهم حين نشوء المديونية –على القول الرابع– أو نشوء المديونية دون انتهاءها في نفس اليوم –على القول الخامس–، وكيف يُتوقع من العميل المتأخر في السداد تجاه المضمون له أن يستجيب فوراً للضامن، ويسرع إلى إبراء ذمته لكي يحل الأجر للمصرف. إن مقتضى هذا القول هو مكافأة المماطل بإسقاط الأجر عنه. وبهذا تظهر صعوبة تطبيق هذا الرأي في الواقع العملي[1].

الراجح:

القول بمنع الأجر على الضمان له حظه من النظر، غير أن الباحث يميل إلى جواز أخذ الأجر على الضمان المغطى تغطية كلية، دون غير المغطى، على أن يكون أداء الضامن إذا تخلف المضمون من الغطاء مباشرة؛ لئلا تنشأ بينه وبين المضمون عنه مديونية.

ووجه التفريق بين الضمان المغطى، والضمان غير المغطى هو:

(١) انظر بتصرف: خطاب الضمان المصرفي وحكم أخذ العوض عليه، د. علي الندوي، ص٤. تعليق الدكتور علي الندوي على بحث الدكتور نزيه حماد، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، م١٢، ص ١١١-١١٢.

أن الضمان المغطى لا ترد عليه الأدلة السالمة من الاعتراض من أدلة المنع. أما دليل الإجماع فالذي يظهر -والله أعلم- هو حمل الإجماع المحكي على الضمان غير المغطى.

فإن قيل: هذا تحكم فما وجه هذا التفريق؟

كان الجواب هو: أن الإجماع جاء مُبَيِّناً لحكم الصورة المعهودة من الأجر على الضمان في عصر هذا الإجماع، ذلك أن ما يُسمى بالضمان المغطى لم يكن معهوداً عند المتقدمين، ولم يكونوا بحاجة له؛ إذ إن المضمون عنه يمكنه أن يجعل العين أو النقد المرهون غطاءً للضمان - يمكنه أن يجعل ذلك رهناً لدى الدائن نفسه[1]، والذي يجمع بين الضمان والرهن هو أن كلاً منهما من عقود التوثيق، ولا شك أن الدين المرهون أقوى من الدين المضمون، وذلك لأن الدائن ربما يواجه مخاطرة عدم وفاء الضامن أيضاً.

يُقال هذا كله إذا سلم بأن حقيقة الأجر المأخوذ في الضمان المغطى: أنه أجر على الضمان، أما إذا لم يسلم بذلك فالإيراد من أصله غير وارد.

والذي دعا إلى ظهور ما يسمى بالضمان المغطى هو -فيما يظهر- نقص الثقة بين المضمون له والمضمون عنه، وليس هو عدم ملاءة المضمون عنه، والله أعلم.

المسألة الثانية: حكم أخذ الضامن أجراً على ضمانه من قبل المضمون له.

تقدم القول في مسألة أخذ الأجر على الضمان من المضمون عنه، وكلام أهل العلم المتقدمين والمتأخرين فيها، ويلاحظ في أكثر النصوص التي سبق إيرادها أنها تطلق القول في منع العوض على الضمان دون تفصيل في باذله، أهو المضمون عنه أم المضمون له، بل كانت حكاية ابن المنذر (ت٣١٩) للإجماع في المسألة مطلقة غير مقيدة، ففي هذا يقول -رحمه الله-

---

(١) ولهذا الضمان المغطى ذو شبه بالرهن بشرط وضع الرهن بيد ثالث.
ينظر: المبسوط، ٨٠/٢١، منح الجليل، ٤٥٢/٥، تحفة المحتاج، ٨٠/٥، كشاف القناع، ٣٤٣/٣.

: " أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم: أن الحمالة[١] بجعل يأخذه الحميل : لا تحل ولا تجوز[٢]"، فترى أنه لم يفصّل في باذل الجُعل.

والذي يظهر -والله أعلم- أنه قد يقال بأن بذل العوض للضامن من قبل المضمون له أقل محاذيراً من بذله من قبل المضمون عنه من جهة أنه لا تنشئ بينهما جراء الضمان علاقة إقراضية كما لو كان العوض مبذولاً من قبل المضمون عنه، غير أن المقرض لا يجوز أن يأخذ أجراً على حتى لو كان من طرف ثالث.

وتشبه هذه المسألة ما أجازه الحنابلة من أن للإنسان أن يبذل لآخر جعلاً على اقتراضه له بجاهه جاز؛ لأنه في مقابلة ما يبذله من جاهه فقط بخلاف الضمان الذي يؤول إلى الإقراض الذي يجر نفعاً[٣].

ووجه الشبه بين المسألتين هو: أن بذل العوض من قبل المضمون له للضامن هو بذل مال لإنسان ليقرض آخر.

ومع ذلك، فثمة فرق مؤثر يمنع من صحة الإلحاق، وهو أن المسألة التي أجازها الحنابلة لا يُبذل العوض فيها للمقرض بحيث يكون أخذ أكثر مما أعطى، بخالف المسألة محل البحث.

ولذا نلاحظ أن المالكية وإن أجازوا بعض صور الأجر على الضمان؛ إلا أنهم منعوا من كل عوض تصل منفعته إلى الضامن[٤].

وخلاصة القول مما سبق:

---

(١) في المطبوع الحوالة.

(٢) الإشراف، لابن المنذر، ٢٣٠/٦. وانظر: الإقناع في مسائل الإجماع، لأبي الحسن ابن القطان، ١٧٣/٢.

(٣) يعني الحنابلة، ينظر: الكافي، ٧٣/٢، الفروع، ٣٥٧/٦، كشاف القناع، ٣١٩/٣، الروض المربع مع حاشية ابن قاسم، ٥٠/٥.

(٤) ينظر: مواهب الجليل، ١١٣/٥.

أن هذه الصورة من الأجر على الضمان لها حكم الأجر المبذول من المضمون عنه للضامن الذي تقدم في المسألة الأولى، في مندرجة تحت الإجماع المحكي، ولم أقف على مخالف في ذلك من أهل العلم المتقدمين، فالمناط أن الضامن لا يأخذ على ضمانه أجرا أيّاً كان باذله له، والله أعلم.

جدول المحتويات